

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 140/74

URTEIL

Verkündet am
5. März 1975

in dem Rechtsstreit

Scheibl,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma H. S. [REDACTED] GmbH,
Weinhandel, M [REDACTED],

vertreten durch ihre Geschäftsführer A. S [REDACTED],
P [REDACTED] M.F. S [REDACTED] und A [REDACTED] M [REDACTED],
alle M [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Ingenieur für Weinbau und Weinkommissionär
G [REDACTED] S [REDACTED] in B [REDACTED]/[REDACTED],
A [REDACTED]weg [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. März 1975 unter Mitwirkung der Richter am Bundesgerichtshof Braxmaier, Claßen, Hoffmann, Wolf und Merz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 19. April 1974 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger, von Beruf Weinkommissionär, verkaufte Anfang Februar 1971 an die Firma A. S., Weinhandlung in M., 60.868 l Wein, 1969er Bechtheimer Pilgerpfad verbessert, den er am 15./16. Februar 1971 anlieferte. Dabei ging ein Teil der Sendung nach Mainz, die Hauptmenge nach Nackenheim, wo der Wein in den Tanks B und M der Firma S. eingelagert wurde. Für diese Kommission galten unstreitig die "Geschäftsbedingungen des Bundes Deutscher Weinkommissionäre e.V.", die der Kläger seiner "Auftragsbestätigung und Rechnung" vom 24. Februar 1971 beifügte. In Nummer 6 dieser Bedingungen ist dem Weinkommissionär das Eigentum an dem gelieferten Wein bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung vorbehalten; gemäß Nummer 7 der Bedingungen darf der Käufer, solange er noch nicht Eigentümer ist, den gelieferten Wein "nur im ordnungsgemäßen Geschäftsgang"

- 3 -

veräußern, wobei "Ansprüche des Käufers aus einem Weiterverkauf des Weines mit ihrer Entstehung auf den Eigentümer übergehen".

Der vom Kläger in Rechnung gestellte Gesamtpreis von 67.563,48 DM (einschließlich Mehrwertsteuer) ist von der Firma S. nicht bezahlt worden. Am 21. Mai 1971 gingen mehrere Wechsel zu Protest, am 25. Mai 1971 fand eine erste Versammlung der Gläubiger statt, und kurz darauf wurde das Konkursverfahren über das Vermögen der Firma Siepchen eröffnet.

Inzwischen hatte die Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden als "Beklagte" bezeichnet) den im Tank B lagernden Wein mit Billigung des Inhabers der Firma S. abholen lassen: am 26. Mai 1971 eine erste Ladung mit 30.009 l, am Tage darauf den Rest mit 17.844 l; diesen Rest hatte die Beklagte allerdings nur gegen Hergabe eines Schecks von 10.000,-- DM an die Landesbank Rheinland-Pfalz freibekommen, die zur Sicherung eigener Forderungen noch am Nachmittag des 26. Mai 1971 den Keller der Firma S. hatte versiegeln lassen.

Die Firma S. übersandte an die Beklagte bezüglich der ersten Lieferung vom 26. Mai 1971 (30.009 l) eine vom selben Tage datierte Rechnung, die am 4. Juni 1971 bei der Beklagten einging, in deren Buchhaltung jedoch schon per 31. Mai 1971 gebucht wurde. In dieser Rechnung ist für die 30.009 l der ersten Lieferung ein Kaufpreis von 37.511,25 DM + 4.126,24 DM Mehrwertsteuer, insgesamt also 41.637,49 DM, berechnet.



Der Kläger verlangt unter Hinweis auf den mit der Firma S[REDACTED] vereinbarten Eigentumsvorbehalt und auf die - für den Fall eines Weiterverkaufs vor Kaufpreiszahlung gleichfalls verabredete - Vorausabtretung der Kundenforderungen von der Beklagten die Zahlung von 37.511,25 DM nebst 10% Zinsen seit dem 6. September 1971.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage verlangt. Sie behauptet, den am 26. Mai 1971 abgeholten Wein schon im März 1971 unmittelbar nach der Entnahme einer Probe von der Firma S[REDACTED] gekauft und damals sofort bezahlt zu haben, und zwar durch Annahme eines damals von der Firma S[REDACTED] ausgestellten Wechsels über 40.000,-- DM sowie durch Barregulierung des erst nach der Auslieferung des Weines genau feststehenden Spitzenbetrages von 1.637,49 DM an die Zessionarin der Firma S[REDACTED]. Im März 1971, als sie den Gesamtinhalt des Tanks B als "geschlossene Partie" gekauft habe, sei ihr der Wein auch schon übereignet worden. Er sei - wie in früheren ähnlich gelagerten Fällen - nur deshalb vorerst noch bei der Firma S[REDACTED] verblieben, um dort bis zum Abruf der Ware weiterbehandelt und betreut zu werden.

Der Kläger ist dieser Sachdarstellung entgegengetreten: Der im Tank B lagernde Wein sei im März 1971 an die Beklagte weder verkauft, noch übereignet worden, noch habe die Beklagte ihn damals bezahlt. Die Annahme des 40.000 DM - Wechsels im März 1971 sei eine a conto - Zahlung der Beklagten auf das bei der Firma S[REDACTED] damals bestehende Schuldsaldo gewesen. Als dann im Mai 1971 die Insolvenz der Firma S[REDACTED] erkennbar geworden sei, habe die Beklagte versucht, durch Abholung des im Tank B lagernden Weines sich einen Gegenwert für den im März 1971 angenommenen

40.000 DM - Wechsel zu verschaffen. Dabei habe der Geschäftsführer der Beklagten im Einverständnis mit dem ihm seit Jahrzehnten eng befreundeten Inhaber der Firma S[REDACTED] gehandelt.

Das Landgericht hat nach Vernehmung der Zeugen F[REDACTED], W[REDACTED] und S[REDACTED] sowie nach Vernehmung des Geschäftsführers Meier der Beklagten als Partei die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht ihr stattgegeben.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

Das angefochtene Urteil kann keinen Bestand haben.

I. Das Berufungsgericht sieht als nicht erwiesen an, daß der von der Beklagten im März 1971 angenommene, von der Firma S[REDACTED] alsbald zur Diskontierung eingereichte Wechsel über 40.000,-- DM speziell zur Bezahlung einer Kaufpreisschuld begeben wurde, wie sie durch die spätere Rechnung der Firma Siepchen vom 26. Mai 1971 ausgewiesen ist. Zu dieser Wertung gelangt das Berufungsgericht vor allem aufgrund des von der Beklagten erst in der Berufungsinstanz vorgelegten Kontoblatts, das ihre Geschäftsbe-

ziehungen zur Firma S[REDACTED] rechnerisch festhält. Gemäß den Eintragungen auf diesem Blatt habe bei der Buchung des Wechsels per 31. März 1971 ein Schuldsaldo der Beklagten gegenüber der Firma S[REDACTED] in Höhe von 46.928,89 DM bestanden. Dies spreche dafür, daß der Wechsel eine a conto Zahlung der Beklagten auf schon erbrachte und gebuchte ältere Lieferungen und Leistungen der Firma S[REDACTED] darstelle. Gegen die Annahme, die Beklagte habe den Wechsel begeben, um speziell eine erst im März 1971 begründete neue Kaufpreisschuld im voraus zu erfüllen, spreche auch, daß die Beklagte gemäß den Buchungen der folgenden Monate bis zum Eintritt der Insolvenz der Firma S[REDACTED] von dieser zwar beträchtliche weitere Lieferungen erhalten habe, ohne daß aber das Kontoblatt Gutschriften für die Beklagte aufweise. Schließlich sei auch in der Rechnung vom 26. Mai 1971 der Erhalt eines Wechsels nicht erwähnt, und die in erster Instanz vernommenen Zeugen hätten über den Zweck der Wechselhingabe nichts Konkretes bekunden können.

II. Der Angriff der Revision, das Berufungsgericht habe seine Feststellung auf rechtlich fehlerhafter Grundlage getroffen, weil es Beweisangebote der Beklagten nicht berücksichtigt habe (§ 286 ZPO), ist berechtigt.

a) Es mag zutreffen, daß die Wertung des Berufungsgerichts dem üblichen und normalen Ablauf der Dinge entspricht, wie er dann gegeben ist, wenn Kaufleute in langjähriger und ständiger Geschäftsverbindung Leistungen in Ware und Geld gegenseitig austauschen. Ein geplanter Neuabschluß größeren Umfangs

wird in aller Regel Anlaß sein, den neuesten Kontostand festzustellen und im Hinblick auf die zusätzliche Belastung, die durch den Neuabschluß zunächst einmal auf den Warenlieferanten zukommt, eine angemessene a conto Zahlung zu fordern, um einen beim Warenempfänger schon bestehenden Schuldsaldo nicht ausufern zu lassen. Dies ändert jedoch nichts daran, daß nach dem Gesetz (§ 366 Abs. 1 BGB) letztthin allein der Schuldner, der eine zur Tilgung sämtlicher Schulden nicht ausreichende Leistung erbringen will, frei darüber bestimmen kann, welche Schuld getilgt werden soll.

b) Die Beklagte hatte im Schriftsatz vom 6. März 1974 Siepchen als Zeugen dafür benannt, daß er bzw. seine damalige Firma das Akzept der Beklagten über 40.000,-- DM speziell als Vorausbezahlung für den nach ihrer Behauptung im März 1974 gekauften und sofort übereigneten Wein empfangen hatte. Das Berufungsgericht hat geglaubt, von der Vernehmung absehen zu können, weil S. vom Landgericht als Zeuge bereits vernommen war. Dies war rechtlich jedoch nicht zulässig, und dies nicht nur deshalb, weil das Landgericht diesem von ihm vernommenen Zeugen nicht nur persönliche Glaubwürdigkeit sondern auch seiner Aussage - anders als das Berufungsgericht - sachliches Gewicht zuerkannt hatte. Auch deshalb war Vernehmung durch das Berufungsgericht geboten, weil das Landgericht den Zeugen zu einem anderen Beweisthema und als vom Kläger benannt vernommen hatte (vgl. Beweisbeschluß vom 15. März 1972). Schließlich und ganz besonders aber hatte das Berufungsgericht S. um deswillen zu vernehmen, weil die Beklagte mit dem Schriftsatz vom 6. März 1974, worin sie S. als ihren Zeugen benannte, auch das Kontoblatt vorlegte, das für das Berufungsgericht maßgebliche Grundlage der

Urteilsfindung war. Es war rechtlich nicht vertretbar, dieses Kontoblatt, das Geschäftsvorgänge zwischen der Firma S[REDACTED] und der Beklagten rechnerisch festhielt, zu werten, ohne dem Verlangen derjenigen Partei, die das Blatt vorlegte, zu entsprechen, S[REDACTED] als Zeugen zu vernehmen und in diesem Zusammenhang auch die auf dem Kontoblatt ausgebrachten Buchungen zu erläutern. Gerade vom Standpunkt des Berufungsgerichtes aus, daß S[REDACTED]'s Aussage in erster Instanz wenig Konkretes über den Zweck der Wechselbegebung enthalte, war nach nunmehr erfolgter Vorlage des Kontoblatts die eigene Anhörung dieses Zeugen schon deshalb angezeigt, weil nicht auszuschließen war, daß S[REDACTED] bei Vorhalt des Kontoblattes seine früheren Bekundungen näher werde konkretisieren können, so daß sie für die Wahrheitsfindung objektiv höheren Wert erhalten konnten. Zudem konnte seine nochmalige Anhörung zur Folge haben, daß auch die Aussagen der in erster Instanz vernommenen M[REDACTED] und W[REDACTED], denen das Berufungsgericht - wiederum entgegen dem Landgericht - im Hinblick auf die erstinstanzliche Zeugenaussage Siepchen nur geringes sachliches Gewicht beigemessen hat, nunmehr in anderem Lichte erschienen.

c) Auch bezüglich W[REDACTED] hatte die Beklagte (Schriftsatz vom 21. Juni 1972) Vernehmung beantragt. Zwar hatte das Landgericht diesen Zeugen zuvor schon gehört (Beweisbeschluß vom 17. Dezember 1971, Vernehmungsniederschrift vom 1. März 1972), jedoch zu einem anderen Beweisthema, nämlich über die näheren Umstände der Wechselbegebung von März 1971. Im Schriftsatz vom 21. Juni 1972 war W[REDACTED] von der Beklagten aber auch dafür als Zeuge benannt worden, daß in den Geschäftsbeziehungen der Beklagten und der Firma S[REDACTED] geleistete Vorauszahlungen in den Rechnungen üblicherweise nicht "abgesetzt" (d.h. genannt) wurden. Für

das Landgericht mochte W[REDACTED]s Vernehmung zu diesem neuen Beweisthema entbehrlich erscheinen. Das Berufungsgericht, das zu einer grundsätzlich anderen Beurteilung neigte, hat immerhin das Fehlen eines Hinweises über die Wechselbegebung in der Rechnung vom 26. Mai 1971 als zusätzliches Indiz dafür gewertet, daß die Wechselbegebung a conto laufender älterer Geschäftsschulden erfolgt sei. Diese Feststellung war nicht fehlerfrei, denn die Beklagte hatte im Schriftsatz vom 6. März 1974 auch bezüglich W[REDACTED] ihr erstinstanzliches Beweiserbieten wiederholt.

III. Nach allem war Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung geboten. Das Berufungsgericht hat auch über die Kosten der Revision zu befinden, denn die Entscheidung hierüber hängt vom Ausgang des Rechtsstreits ab.

Braxmaier

Claßen

Hoffmann

Wolf

Merz